

Endurteil

IM NAMEN DES VOLKES

in dem Rechtsstreit

- Klägerin -

Prozessbevollmächtigte:

gegen

- Beklagter -

Prozessbevollmächtigte:

wegen Forderung

Verkündet am 24.4.2007

Die Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle:

Baumann, JSekr'in

hat das Landgericht_Augsburg - 3. Zivilkammer - Einzelrichter - durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht Wurm im schriftlichen Verfahren nach § 128 Abs. 2 ZPO, bei dem Schriftsätze berücksichtigt wurden, die bis 25.3.2007 bei Gericht eingegangen sind, für Recht erkannt:

I. Die Klage wird abgewiesen.

II. Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

III. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 115 Prozent des jeweils beizutreibenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt vom Beklagten Zahlung des Entgelts für vom Beklagten erbrachte Leistungen der Klägerin als Betreiberin des Mobilfunknetzes D2, hier insbesondere durch Inanspruchnahme sog. Mehrwertdienste.

Die Parteien schlossen am 3.02.1999 einen Mobilfunkvertrag mit einer Laufzeit von zunächst zwei Jahren. Diesen Vertrag verlängerte der Beklagte am 13.02.2003 um weitere zwei Jahre bis zum 13.02.2005. Zwischen den Parteien war vereinbart der sog. D2-FUN 10 Sekunden-Takt-Tarif und der Beklagte erhielt die Mobilfunknummer 0173/3572856 zugewiesen. Die Klägerin erteilte vertragsgemäß monatliche Abrechnungen über die in Anspruch genommenen Leistungen, wobei die Rechnungen jeweils mit einem Einzelverbindungs nachweis als Anhang verschickt wurden. Die jeweilige Verbindungsübersicht Mini enthält das Datum, den Beginn und die Dauer des Gesprächs, die Telefonnummer des Angerufenen und die auf das geführte Gespräch entfallenden Nettokosten. Bis zur Rechnung der Klägerin vom 30.07.2004 fielen monatliche Verbindungsentgelte in der Größenordnung zwischen 34,34 EUR und 156,38 EUR an.

Vertragsinhalt des Mobilfunkvertrages zwischen den Parteien waren auch die allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Preisliste sowie die Leistungsbeschreibung der Klägerin.

Mit der Klage beansprucht die Klägerin Zahlung des Entgelts bzw. restlichen Entgeltes für erbrachte Leistungen aufgrund folgender Rechnungen:

Rechnung vom 30.07.2004	562,59 EUR
-------------------------	------------

Rechnung vom 01.09.2004	5.919,62 EUR
-------------------------	--------------

Rechnung vom 04.10.2004	7.308,38 EUR
Rechnung vom 02.11.2004	1,15 EUR
Rechnung vom 02.12.2004	2,55 EUR.

In der Rechnung vom 04.10.2004 beträgt das beanspruchte Leistungsentgelt 12.308,38 EUR. Wegen einer vor Erstellung dieser Rechnung vom Beklagten unstreitig geleisteten Zahlung in Höhe von 5.000,00 EUR beansprucht die Klägerin in dieser Rechnung vom 04.10.2004 nur Zahlung eines Restbetrages in Höhe von 7.308,38 EUR. Bei den Rechnungsbeträgen von 1,15 EUR bzw. 2,55 EUR aus den Rechnungen vom 02.11.2004 bzw. 02.12.2004 handelt es sich um Forderungen wegen fehlgeschlagener Einziehung im Lastschriftverfahren bzw. in Rechnungsstellung einer Mahngebühr. Schließlich beansprucht die Klägerin noch gemäß Rechnung vom 01.01.2005 einen Betrag von 168,48 EUR wegen wiederum fehlgeschlagener Einziehung per Lastschriftverfahren und Schadensersatz für vorzeitige Vertragsbeendigung.

Die Klägerin behauptet, berechtigte Einwände gegen die Rechnungen seien beklagtenseits nicht erfolgt und deshalb habe die Klägerin entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen die Verbindungsdaten gelöscht. Weiter behauptet die Klägerin, die in den geltend gemachten Rechnungen ausgewiesenen Gebühreneinheiten seien von der Beklagtenpartei auch verbraucht worden. Die Klägerin habe dem Beklagten eine von ihr ausgegebene Telefonkarte zur Verfügung gestellt, wobei sich auf diese Karte, gespeichert in einem manipulationssicheren Mikrochip, auch die kundenspezifischen Daten befinden, wodurch eine Zuordnung zur Beklagtenpartei möglich sei.

Die Klägerin vertritt die Rechtsmeinung, dass für die Richtigkeit der streitigen Telefonrechnungen streite der Beweis des ersten Anscheins. Anhaltspunkte für ein technisches Versagen der automatischen elektronischen Gebührenerfassungseinrichtungen seien nicht vorhanden und vom Beklagten auch nicht behauptet.

Soweit der Beklagte geltend mache das von ihm benutzte Handy Nokia 8310 i sei über die Bluetooth-Anschlussstelle für Angriffe von Hackern anfällig, welche durch Manipulation diese Handys missbrauchen könnten und ungewollte Verbindungen zu Mehrwertdiensteanbietern herstellen könnten, bestreitet die Klägerin eine derartige Manipulation von dritter Seite. Sie weist darauf hin, dass es dem Beklagten alleine obliegen habe, zu entscheiden, welches Handy er betreibe, ob er die Bluetooth-Funktion aktiviere oder nicht. Die Klägerin meint, insgesamt habe der Beklagte eine missbräuchliche Nutzung der Telefonkarte nicht substantiiert dargestellt.

Die Klägerin beansprucht als Nebenforderung vorgerichtliche Inkassokosten in Höhe von 869,00 EUR.

Nachdem der Beklagte keine Zahlung geleistet hat beantragt die Klägerin:

Den Beklagten kostenpflichtig zu verurteilen, an die Klägerin 13.962,77 EUR nebst 4 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszins seit dem 13.01.2005 sowie vorgerichtliche Inkassokosten in Höhe von 869,00 EUR zu zahlen.

Der Beklagte beantragt Abweisung der Klage.

Er bestreitet in dem von der Klägerin geltend gemachten Umfang Telefonate in dem streitgegenständlichen Zeitraum vom 26.07.2004 bis 25.08.2004 geführt zu haben. Anhand der den Rechnungen beigefügten Einzelverbindungs nachweise, aus welchen hervorgeht, wann, mit welcher Telefonnummer wie lange telefoniert wurde und welches Verbindungsentgelt beansprucht wird hat der Beklagte die einzelnen Gespräche, welche er nicht geführt haben will, durch Einkreisen kenntlich gemacht. Er behauptet im Erfassungszeitraum vom 26.06.2004 bis 25.07.2004, der der Rechnung der Klägerin vom 30.07.2004 zugrunde liegt, lediglich Verbindungsentgelte von insgesamt 54,00 EUR verursacht zu haben, im Zeitraum vom 26.07.2004 bis 25.08.2004, der der Rechnung der Klägerin vom 01.09.2004 zugrunde liegt, lediglich Verbindungsentgelte in Höhe von 129,94 EUR verursacht zu haben und im

Verfassungszeitraum 26.08.2004 bis 25.09.2004, welche der Rechnung der Klägerin vom 4.10.2004 zugrunde liegt nur Verbindungsentgelte in Höhe von 83,81 EUR verursacht zu haben.

Der Beklagte führt aus, er habe somit im Zeitraum vom 26.06.2004 bis zum 25.09.2004 lediglich Verbindungsentgelte in Höhe von insgesamt 267,75 EUR zu bezahlen. Er verweist auf seine Vorschusszahlung in Höhe von 5.000,00 EUR und damit darauf, dass er in jedem Fall bereits eine Überzahlung geleistet habe.

Der Beklagte macht geltend, möglicherweise hätten Dritte sogenannte „Hacker“ die Möglichkeit der Manipulation des von ihm bei der Klägerin gekauften Handys der Marke Nokia 6310 i genutzt und die entsprechenden Verbindungsdaten ausgelöst, ohne dass der Beklagte selbst telefoniert hätte. Der Beklagte bestreitet auch seine Telefonkarte einem Dritten zur Verfügung gestellt zu haben.

Der Beklagte führt sodann zu einzelnen Tagen, an welchen er stundenlang Verbindungen zu Mehrwertdiensttelefonnummern in Anspruch genommen habe aus, dass ihm dies an diesen Tagen aus verschiedenen Gründen nicht möglich gewesen sei, weil er in diesen Zeiten mit Freunden seine Freizeit verbracht hätte.

Zur Ergänzung des Tatbestandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten vorbereitenden Schriftstücke Bezug genommen.

Das Gericht hat Beweis erhoben durch uneidliche Einvernahme des ZeugenHinsichtlich des Beweisergebnisses wird diesbezüglich auf die Sitzungsniederschrift vom 06.06.2006 Bezug genommen.

Des Weiteren hat das Gericht Beweis erhoben aufgrund Beweisbeschlusses vom 25.07.2006 durch Einholung einer Auskunft der Bundesnetzagentur in Bonn. Zum

Inhalt dieser Auskunft wird auf die schriftliche Auskunft der Bundesnetzagentur vom 24.08.2006, Blatt 64/66 der Akte Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin kann vom Beklagten die geltend gemachten Verbindungsentgelte nicht beanspruchen, da der klägerische Vortrag den Darlegungserfordernissen nicht genügt.

- 1) Die Darlegungs- und Beweislast für die Inanspruchnahme von Leistungen, insbesondere die Herstellung einer Verbindung trägt grundsätzlich der Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen (BGH NJW 2004, 3183).

Aufgrund des zwischen den Parteien als Dauerschuldverhältnis zu qualifizierenden Telefondienstvertrages hatte die Klägerin es übernommen, dem Beklagten den Zugang zu dem öffentlichen Telekommunikationsnetz zu eröffnen und zu ermöglichen, unter Aufbau abgehender und Entgegennahme ankommender Telefonverbindungen mit anderen Teilnehmern eines Telefonfest- oder Mobilfunknetzes Sprache und sonstige Daten auszutauschen. Dies gilt auch für den Mobilfunkvertrag (BGH NJW 2002, 361). Streitgegenständlich sind Ansprüche wegen der Inanspruchnahme sog. Mehrwertdienste. Die Klägerin macht damit Vergütungsforderungen dieser Mehrwertdienst-Infomationsanbieter im eigenen Namen geltend. In diesem Fall ist es ihre Sache substantiiert dazulegen und bei Bestreiten zu beweisen, dass auch der jeweilige Vertrag mit dem jeweiligen Anbieter der Mehrwertdienste zustande gekommen ist, aus welchem die Forderung

hergeleitet wird (Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 19.04.2006, AZ.: 3 W 28/06, OLGR Schleswig 2006, 529-530, BGH a.a.O.).

Der Beklagte hatte innerhalb der 80 Tage Frist nach § 7 Abs. 3 Telekommunikationsdienstunternehmen-Datenschutzverordnung (TDSV) Einwendungen gegen die Richtigkeit der Forderung erhoben. So hat er zunächst persönlich und sodann durch seine anwaltlichen Vertreter mit Schriftsätzen vom 14.10.2004 und 23.11.2004, Anlagen B4 und B5 geltend gemacht, die entsprechenden Verbindungen nicht selbst angewählt zu haben und dezidiert vorgetragen, welche Telefonate er nicht geführt habe. Desgleichen hat er im Schriftsatz vom 14.10.2004, Anlage B4, die Klägerin aufgefordert, unverzüglich die vollständigen Namen und die Anschriften der Betreiber der entsprechenden Rufnummer mitzuteilen.

Dieser Aufforderung ist die Klägerin, auch nach Aufforderung durch das Gericht im streitigen Verfahren, nicht nachgekommen.

- 2) Das erkennende Gericht folgt der Auffassung des Landgerichts Stendal, Urteil vom 18.08.2005, AZ. 22 S 51/05, wonach ein Telekommunikationsunternehmen, dass den Kunden auf Bezahlung sog. Mehrwertdienste in Anspruch nimmt, diesem eine Telefonrechnung vorlegen muss, die ihn in die Lage versetzt, den Inhalt der Rechnung qualifiziert zu bestreiten (ebenso LG Trier, Urteil vom 06. Juli 2004, AZ: 1 S 104/04 und OLG Schleswig, aaO).

Entgegen der ihr obliegenden Substantiierungs- und Beweislast für die Richtigkeit der Telefonrechnungen hat die Klägerin vorliegend auf die Einwendungen des Beklagten keinerlei Überprüfungen vorgenommen,

vielmehr unbeeindruckt von den substantiierten Einwendungen des Beklagten noch im Januar 2005 ein Inkassounternehmen mit dem Einzug der

vermeintlichen Forderung beauftragt, obwohl für die Klägerin deutlich erkennbar war, dass sich der Beklagte gegen die Inanspruchnahme verteidigen würde. Der Beklagte hatte bereits im Oktober 2004 darauf hinweisen lassen, dass während der gesamten Vertragsdauer in den Vormonaten lediglich Verbindungsentgelte in der Größenordnung zwischen rund 35,00 EUR und 160,00 EUR maximal angefallen seien, was nunmehr im gerichtlichen Verfahren seitens der Klägerin auch nicht bestritten wird.

Nach den Einwendungen des Beklagten war es naheliegend, dass der Beklagte Opfer einer unbemerkten Herstellung von Verbindungen durch heimliche Manipulationen Dritter an den Daten des Endgerätes wurde.

- 3) Aus dem Rechtsgedanken des § 16 Abs. 3 TKV ist zu entnehmen, dass dieses Risiko der unbemerkten Herstellung von Verbindungen nicht der Anschlusskunde zu tragen hat (vgl. BGHZ 158, 201-212).

Hätte sich die Klägerin die Mühe gemacht, die in den Verbindungsübersichten aufgeführten Verbindungen auszuwerten, wäre ihr aufgefallen, dass an verschiedenen Tagen praktisch ununterbrochene mehrstündige Telefongespräche mit ein und demselben Anbieter geführt sein sollen, wobei angesichts der Dauer dieser Gespräche und der regelmäßig nach einer automatischen Trennung zeitlich unmittelbar sofort anschließender Wiedereinwahl der Beweis des ersten Anscheins für den Beklagten spricht, dass er diese Verbindungen nicht willentlich und händisch hergestellt haben kann.

Einige Beispiele seien herausgegriffen:

So soll der Beklagte am 15.08.2004 in der Zeit von 20.50 Uhr bis 16.08.2004 03.01 Uhr jeweils Gespräche mit einer Dauer von 59 Minuten 40 Sekunden mit

der Rufnummer 0190/856082 geführt haben, sodann um 03.07 Uhr ein Gespräch von 59 Minuten und 50 Sekunden mit der Rufnummer 0190/884020 bis 04.08 Uhr geführt haben und sodann weitere Mehrwertdienstnummern bis 05.51 Uhr angewählt haben.

Nachdem der Beklagte dann in der folgenden Nacht wiederum stundenweise telefoniert haben soll, soll er dann am 18.08.2004 von 17.37 Uhr bis zum nächsten Morgen am 19.08.2004 um 06.22 Uhr durchtelefoniert haben, wobei die Verbindungen lediglich jeweils nach circa einer Stunde automatisch getrennt worden waren. In der Nacht vom 20.08.2004 zum 21.08.2004 soll er dann von 23.46 Uhr praktisch durchgehend bis 05.16 Uhr telefoniert haben, am 22.08.2004 von 23.55 Uhr bis zum 23.08.2004 10.01 Uhr.

Am 11.09.2004 soll der Beklagte beginnend um 06.00 Uhr zunächst eine Stunde 53 Minuten mit der Auskunftsnummer 4911848, sodann von 07.54 Uhr eine Stunde 10 Minuten mit der Auskunftsnummer 4911896, anschließend nochmals eine Minute 10 Sekunden mit der gleichen Nummer, daran anschließend eine Stunde, beginnend von 09.06 Uhr mit der Auskunftsnummer 4911814 eine Stunde bis 10.06 Uhr telefoniert haben. Daran anschließend habe sich ein Gespräch von einer Dauer von 46 Minuten 10 Sekunden beginnend ab 10.09 Uhr mit der Auskunftsnummer 4911896 angeschlossen, unterbrochen von einer Privatverbindung von 20 Sekunden und sodann fortgesetzt ab 10.58 Uhr bis 12.43 Uhr.

Weiter habe der Beklagte dann telefoniert am 12.09.2004 ab 05.25 Uhr morgens mit der Rufnummer 4911896 bis 18.16 Uhr am gleichen Tage. In

diesem Zeitraum sollen Verbindungsentgelte in Höhe von 1.882,19 EUR für diesen Tag angefallen sein. Am 19.09.2004 soll der Beklagte beginnend ab 00.25 Uhr nur durch ein Privatgespräch von 20 Minuten. Dann ununterbrochen bis 09.02 Uhr, sodann wieder ab 19.56 Uhr bis 20.09.2004 03.38 Uhr mit

Mehrwertdienst bzw. Auskunftsnummern telefoniert haben, um sodann ab 14.45 Uhr wiederum am 20.09.2004 durchgängig bis 21.09.2004 03.06 Uhr mit solchen Nummern telefoniert haben, um diese Telefonate sodann am 21.09.2004 ab 18.16 Uhr bis 22.09.2004 05.33 Uhr nur unterbrochen durch drei Privatgespräche von jeweils unter 1 Minute Dauer fortzusetzen.

Aus dieser – unvollständig- herausgegriffenen Serie von Dauertelefonaten innerhalb weniger Tage kann nach Auffassung des Gerichts nur der Schluss gezogen werden, dass hier der Anschein dafür spricht, dass diese Telefonate nicht sämtlich vom Beklagten wissentlich und willentlich geführt werden konnten.

- 4) Jedenfalls lässt sich für den Beklagten ebenso wenig wie für das Gericht aus der Auflistung der Rufnummern der jeweilige Anbieter der Mehrwertdienste nicht entnehmen, geschweige denn, welcher Art von Diensten hier angeboten worden sein sollen. Ohne Kenntnis dieser Umstände ist der Beklagte aber nicht in der Lage den Inhalt der Rechnung qualifiziert zu bestreiten.

Nach Auskunft der Bundesnetzagentur vom 24.08.2006 wäre es der Klägerin ohne weiteres möglich, die jeweiligen Anbieter der 0190iger Mehrwertdienste und der Auskunftsdienste (118er Rufnummern) zu benennen. Nachdem die Klägerin zunächst behauptet hatte, sie könne diese Auskünfte nicht erteilen, hat sie sich nunmehr auf den Standpunkt zurückgezogen, zur Erteilung einer derartigen Auskunft nicht verpflichtet zu sein.

Nachdem für den Beklagten aber mangels Auskunft der Klägerin nicht ersichtlich ist, wer die streitgegenständlichen Leistungen der sog. Mehrwertdienste bzw. Auskunftsnummern an den Beklagten erbracht haben soll und worin diese Leistungen bestanden haben sollen, ist eine ordnungsgemäße Rechtsverteidigung für den Beklagten nicht möglich.

Da die Klägerin der ihr obliegenden Darlegungs- und Beweislast nicht nachgekommen ist, kann sie auch nicht Entgelt aus einem Rechtsverhältnis mit dem Anbieter der jeweiligen Mehrwertdienste bzw. Auskunftsnummern beanspruchen, weil der Nachweis nicht geführt ist, dass der Beklagte die entsprechenden Verbindungen veranlasst und von der Klägerin bezogen hat.

- 5) Der Kläger hat unstreitig durch Zahlung eines Betrages von 5.000,00 EUR, welchen er nach eigenem Bekunden bezahlt haben will, um keine Schufa-Eintragung zu erhalten, die berechtigten Forderungen der Klägerin weggefertigt. Diese bestehen aus den jeweiligen Grundgebühren und den unbestrittenen weiteren Leistungen der Klägerin. Herauszurechnen sind jeweils aus den einzelnen Rechnungen der Klägerin jedoch die Anrufe zu Sonderrufnummern, wie sie in den Rechnungen der Klägerin bezeichnet werden.

Damit ist aus der Rechnung vom 30.07.2004 ein Betrag von 434,13 EUR netto bzw. 503,59 EUR brutto herauszurechnen, so dass ein berechtigter Restbetrag von 59,00 EUR verbleibt. Aus der Rechnung vom 01.09.2004 ist ein Betrag von 4.992,89 EUR netto bzw. 5.791,75 EUR brutto herauszurechnen, so dass eine berechnete Forderung verbleibt von 127,87 EUR und aus der Rechnung vom 04.10.2004 ist ein Betrag von 10.523,37 EUR netto bzw. 12.207,11 EUR brutto herauszurechnen, so dass die berechnete Forderung der Klägerin für diesen Zeitraum sich auf 101,27 EUR beläuft.

Es liegt damit eine Überzahlung des Beklagten vor, weil die weitergehenden Ansprüche der Klägerin unbegründet sind. Der Beklagte hatte eine Überzahlung geleistet und befand sich nicht in Verzug, so dass er auch nicht zum Schadensersatz verpflichtet ist.

Mangels Zahlungsrückstandes war auch die Einschaltung eines Inkassobüros nicht geboten, unabhängig von der Frage, dass im vorliegendem Falle Inkassogebühren schon deshalb nicht zu erstatten gewesen wären, weil von vornherein mit Verteidigungsvorbringen des Beklagten, welches umfänglich bekannt war, zu rechnen war.

Insgesamt ist daher die Klage als unbegründet vollumfänglich abzuweisen.

- 6) Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 709 ZPO.

Wurm

Vors. Richter am Landgericht